

2

O AGRAVO RETIDO EM AUDIÊNCIA

Ângela de Lourdes Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

O agravo retido no direito brasileiro é um dos temas de maior interesse e que obteve no decorrer dos anos variadas reformas. Apresenta-se com inúmeros questionamentos porque o ordenamento jurídico passou a adotá-lo como regra.

No presente estudo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, procuraremos conhecer a origem do agravo e quais as modalidades existentes em nosso ordenamento jurídico. Prioriza-se a análise do agravo retido na audiência de instrução e julgamento e indaga-se a possibilidade de sua interposição em todas as audiências priorizando o princípio da oralidade e da celeridade concedendo ao juiz de primeira instância a oportunidade de reapreciar sua decisão, independentemente da interposição do agravo de instrumento.

Precisam ser averiguadas as controvérsias existentes entre os doutrinadores da viabilidade ou não do agravo retido de forma oral em audiência, do momento oportuno para sua interposição com a possibilidade de ocorrer a preclusão, bem como da oportunidade de manifestação do agravado sem ferir o princípio constitucional da isonomia.

O juízo de retratação no agravo retido e o juízo de reconsideração serão analisados, bem como a necessidade ou não de reiteração em razões recursais do pedido de reapreciação da decisão proferida quando do juízo de retratação.

O estudo contará com citações dos mais renomados mestres de nosso ordenamento jurídico que muito contribuíram para a realização deste trabalho.

2. DO AGRAVO RETIDO NO DIREITO BRASILEIRO

Dentre os vários recursos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, vamos aqui analisar e refletir sobre o agravo retido em audiência.

Alguns doutrinadores pátrios consideram o agravo somente como o recurso residual da apelação.

Merece destaque o entendimento de Pontes de Miranda (1949):

Agravo foi o nome do recurso que se diferenciou da apelação, ao se distinguirem, quanto à devolução da cognição (duplo exame), as sentenças definitivas e as interlocutórias, ou ao serem separados os feitos por simples distinção da categoria dos juízes. Seja como for, o instituto funcionou como ‘resíduo’ das apelações, ‘cesta de papéis’ da alta justiça, que assim depurava de questões menores o seu mister. A diferenciação segundo a definitividade ou não-definitividade era a mais racional; porém, historicamente, o velho direito longe esteve de permanecer nela.¹

Inicialmente, torna-se adequado conhecer a origem histórica do agravo buscando uma melhor compreensão sobre sua inserção e aplicação ao direito positivo brasileiro.

2.1 Origem histórica do agravo

A origem do agravo é encontrada no Direito Romano. Os pronunciamentos judiciais dividiam-se em interlocutórios (atos de expediente do processo, diligências, produção de provas, etc., sem apreciação do mérito da ação) e definitivos (apreciação do mérito com acolhimento ou rejeição da ação interposta). No direito romano pós-clássico, ao tempo do Imperador Justiniano (527 a 565 a.C.), admitia-se a interposição de recurso de apelação somente após a sentença definitiva. A apelação e o trânsito em julgado formal da sentença de mérito advêm do direito romano que não conhecia recurso das decisões interlocutórias.

O direito canônico permitia a interposição de apelação contra as decisões interlocutórias, mas no Concílio de Trento (1547-1563) ocor-

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 207.

reu a proibição de interposição de recurso dos pronunciamentos interlocutórios harmonizando aquele direito com as leis imperiais.

Entretanto, os romanos perceberam a necessidade de um recurso contra as decisões interlocutórias diante da possibilidade de equívocos praticados pelo julgador que poderiam causar prejuízos futuros irreparáveis. Criou-se então a *supplicatio* na qual se permitia recorrer das decisões interlocutórias. A *supplicatio* não afrontava a decisão judicial proferida, simplesmente implorava à autoridade judicial o abrandamento da pena.

Franzé (2007), ao tratar da origem do Agravo no Direito estrangeiro leciona:

Em outras palavras, a irrecorribilidade em relação à interlocutória poderia acarretar injustiças.

Para suprir o anseio da população, foi criada a *supplicatio*, pela qual o recorrente reconhecia a justiça da sentença, contudo postulava pelo abrandamento da pena.

Nesse sentido, verificamos que a *supplicatio*, criada pelo Direito Romano, é a primeira notícia, na história, sobre recurso voltado para a impugnação das interlocutórias e, por consequência, guardando relação com a origem do agravo.²

A *supplicatio* teria influenciado o direito português que criou o recurso conhecido como agravo. No direito português, quando no ano de 1325/1357, o Rei Afonso IV proibiu a interposição da apelação contra as decisões interlocutórias que não tivessem caráter terminativo ou causasse mal irreparável. O agravo foi introduzido no direito português através da forma escrita, mediante o uso do instrumento (estormento) e a carta testemunhável, ou a carta de justiça, no lugar da queixa oral. Era utilizado o critério geográfico para determinar a competência para julgar o agravo de instrumento ou a carta testemunhável. Utilizou-se a palavra agravo no sentido de gravame. O agravo ordinário, utilizado especialmente contra os pronunciamentos dos sobrejuízes, era semelhante à *supplicatio* romana. Os sobrejuízes funcionavam como órgão de segundo grau para o recurso de agravo, surgiu na segunda edição das ordenações manuelinas em 1521. O di-

² FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed, 2007, p. 64.

reito português classificou as sentenças em definitivas, interlocutórias mistas e simples e previu os seguintes agravos: o agravo ordinário, o agravo de instrumento, o agravo de petição e o agravo nos autos.

Assis (2007), ao tratar do agravo no direito português e no direito brasileiro ensina:

A evolução peculiar ocorrida no direito português, em matéria de impugnação às interlocutórias, consistiu na opção por uma média, mas providente via: adotou a diretriz romana, concedendo apelação contra as sentenças interlocutórias que têm força de definitivas; quanto às demais resoluções interlocutórias, criou e admitiu o agravo de instrumento, sem suspensão da causa, apresentado por petição para se decidir rapidamente, e, das interlocutórias sobre a ordem do processo, e menos gravosas, permitiu o agravo no processo para evitar preclusão.³

Do agravo nos autos originou no ordenamento jurídico pátrio o agravo retido admissível contra decisão interlocutória, proferida em primeira instância evitando que ocorra a preclusão possibilitando a sua reapreciação em recurso de apelação.

2.2 Modalidades de Agravo

No início o agravo retido foi conhecido como agravo nos autos, previsto em situações expressas. Ocorreu a sua adequação ao ordenamento jurídico no decorrer dos tempos mantendo-o ainda nos autos, mas com o nome de agravo retido.

No ordenamento jurídico pátrio, temos as seguintes modalidades de agravo:

a) Agravo Retido interposto contra a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeira instância e reapreciado pelo Tribunal se reiteradas suas razões quando da interposição da apelação;

b) Agravo por Instrumento interposto diretamente no tribunal, em autos apartados e instruídos com os documentos e peças determinadas no art. 525 do Código de Processo Civil, contra decisão proferida por juiz de primeira instância;

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 461/462.

c) Agravo por Instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil interposto contra a decisão que inadmite recurso extraordinário ou recurso especial;

d) Agravo Interno interposto contra as decisões monocráticas proferidas pelos relatores nos Tribunais. Esta modalidade de agravo está prevista no Código de Processo Civil e nos regimentos dos Tribunais e era conhecida como *agravo regimental*.

Na via estreita deste estudo debruçaremos sobre o agravo retido, em especial o interposto em audiência.

3. DO AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Decisão Interlocutória

De acordo com o art. 162, § 2º do Código de Processo Civil “decisão interlocutória é o ato em razão do qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.⁴

Para melhor compreensão sobre o conceito de decisão interlocutória faz-se necessário compreender o que é questão e questão incidente.

Questão é o ponto controvertido de fato e de direito, é o ponto da controvérsia a ser decidido pelo juiz. Em que pese todas as definições existentes podemos considerar que a questão incidente se refere ao ponto duvidoso do processo que está em andamento e o que esta dúvida causa ou pode causar alteração na marcha processual necessitando de uma decisão que resolva o incidente, mas não coloque fim ao processo.

Nessa linha de entendimento merece citação a definição de Fernandes (1991) :

A questão incidental é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. Assim, é acessória em relação ao processo e à questão principal. Constitui ela, ademais, um acidente no percurso processual, produzindo mudanças no seu trajeto, exigidos que sejam realizados novos atos, além dos que eram previstos numa tramitação normal.⁵

⁴ ABREU FILHO, Nylson Paim de. *Código de Processo Civil*. 9. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 405.

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 51.

Ressalte-se que a decisão interlocutória proferida em relação à questão incidente não põe fim ao processo, apenas resolve a controvérsia apresentada e determina o prosseguimento do feito, pois se assim não ocorrer e a sentença extinguir o processo, o recurso cabível é a apelação.

A decisão interlocutória ocasiona efeitos no decorrer da demanda. Existente nos autos a questão incidental, necessária se faz a sua apreciação para que o feito retorne ao trâmite normal. O inconformismo com a questão incidental só pode ser manifestado através do agravo, seja o retido, por instrumento ou o interno.

Admite-se no direito pátrio a interposição do agravo retido na forma oral e escrita, dependendo do momento em que a decisão recorrida foi proferida. Percebe-se que o agravo retido passou a ser a regra e o agravo de instrumento a exceção.

Bastos (2008) ao comentar o agravo retido como regra geral afirma:

Como se vê, o agravo retido passou a ser a regra geral do sistema, sendo admissível o processamento do recurso por instrumento somente nas situações em que a decisão puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.⁶

3.2 Cabimento do Agravo Retido

Na audiência de instrução e julgamento o juiz decide normalmente questões relativas ao conjunto probatório dos autos. Pode ocorrer que o juiz decida determinada questão em audiência e uma das partes não se conforme com a decisão e interponha agravo retido. É cabível o agravo retido contra a decisão interlocutória proferida em audiência. Ao surgir qualquer dúvida que exija uma decisão judicial, o andamento do feito não pode prosseguir enquanto a questão incidente não for solucionada. Ao ser apreciada e decidida, pode ocorrer duas situações: que as partes interessadas aceitem a decisão proferida ou insurjam contra o ato decisório. No primeiro caso, aceitando a decisão proferida, enseja a preclusão que impedirá sua discussão posterior.

⁶ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 35 n. 109, Março de 2009, p. 26.

O art. 473 do Estatuto Processual Civil não admite a discussão de questões já decididas e preclusas. Torna preclusa a oportunidade de discutir o que já foi apreciado e não houve interposição de recurso ou mesmo interposto o recurso ocorra a sua desistência.

Machado (2007) nos ensina:

Todas as questões de ordem formal que, no curso do processo, vão sendo resolvidas por decisões interlocutórias (v.g. valor da causa, incompetência relativa, necessidade de prova pericial, conexão de causas, etc.) submetem-se ao fenômeno da preclusão, que, no caso, é a perda do direito de impugná-las. Isso se dá em virtude de três fatores: a) porque a parte já impugnou por agravo – art. 522 – e perdeu (preclusão consolativa); b) porque a parte deixou de impugnar no prazo (preclusão temporal – v. arts. 183 e 245); c) porque a parte praticou um ato incompatível com a vontade de impugnar. Só não se submetem à preclusão as chamadas objeções processuais previstas pelo art. 301.⁷

Franzé (2007) considera que o agravo retido tem como escopo evitar a preclusão: “mostra-se forçoso concluirmos, que o agravo retido tem por escopo: a) impedir a preclusão da decisão impugnada, quando não há necessidade de tutela de urgência; b) atender ao princípio da economia processual.”⁸

Alternativamente, se uma ou ambas as partes não concordam com a decisão proferida incidentalmente nos autos o recurso cabível é o agravo retido.

Franzé (2007) analisa o agravo retido e conclui:

(...) é uma espécie de agravo, processado obrigatoriamente por meio da forma oral, quando interposto em audiência de instrução e julgamento; b) pela forma escrita, em relação às demais decisões interlocutórias que não admitirem o agravo de instrumento; c) sempre será processado dentro dos próprios autos e somente será conhecido, se o agravante requerer em preliminar das ulteriores razões ou contra-razões de futura apelação; d) é cabível para impugnar as decisões interlocutórias, quando não houver urgência e puder ser reiterado em sede de apelação.

⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 2007, p. 493.

⁸ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed., p. 162.

3.3 Momento da interposição

O momento adequado para a interposição do agravo retido em audiência de instrução e julgamento é imediatamente após a decisão interlocutória proferida e deverá constar do termo de audiência conforme determina o art. 523 do Código de Processo Civil.

Imediatamente significa que o agravo retido deve ser interposto logo após a decisão, de imediato, sob pena de preclusão. O agravante deve apresentar de imediato seu inconformismo com a decisão proferida, sob pena de preclusão e deve constar no termo onde são registradas as presenças e os principais fatos ocorridos, entre outros.

Ao analisar com rigor a expressão imediatamente podemos concluir que deve ser interposto pela parte que não concorda com a decisão e o magistrado deverá interromper o momento processual que estiver ocorrendo, tomando conhecimento do recurso interposto.

O estatuto processual estabelece que o agravo seja interposto de forma retida, oral e imediatamente, devendo constar do termo de audiência. O que importa é que a parte, inconformada com a decisão proferida, manifeste seu inconformismo imediatamente através do agravo retido.

Bastos (2008) ensina:

O advérbio 'imediatamente' utilizado no texto legal não deixa dúvidas: o inconformismo deve ser apresentado tão-logo seja prolatada a decisão. Não será no final da assentada, mas no seu curso, à medida em que o magistrado proferir cada uma das decisões, sob pena de preclusão. O legislador olvidou que a audiência é um ato jurídico-processual complexo. Composta por momentos distintos e inúmeros outros atos, ela está sujeita a uma série de intercorrências, que vão da fixação dos pontos controvertidos que incidirá a prova (art. 451), até o indeferimento da contradita de uma testemunha ou de questões técnicas ligadas ao esclarecimento da prova pericial. Todas essas decisões desafiam o agravo imediato, comprometendo a validade da própria assentada.⁹

⁹ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 35 n. 109, Março de 2009, p. 31.

A interrupção do ato que se está praticando para interposição do agravo causa um certo atropelo na audiência que tem interrompida sua marcha processual e não podemos deixar de confessar que não raro as pautas de audiências correm com certo aperto de tempo e atraso em virtude de incidentes e imprevistos ocorridos. Entretanto, deve ser considerado que é de suma importância ocorrer a interrupção aguardando a reapreciação da decisão sobre o agravo retido porque este ato processual produz efeitos no andamento do processo e pode interferir na decisão final. Os pequenos atropelos ocasionados no decorrer da audiência em virtude do agravo retido são menores que os danos que podem ser ocasionados se ocorrer o prosseguimento do ato processual, evitando futuramente tumultos processuais e retardo na marcha processual.

Ressalte-se que, a interposição do agravo retido, ou seja, o inconformismo do agravante é que deverá ser imediato, sob pena de preclusão. Não é permitido que o agravante deixe para manifestar seu inconformismo com qualquer decisão interlocutória proferida em audiência posteriormente ensejando a preclusão.

3.4 Princípio da Oralidade

Interessa-nos no presente estudo o agravo interposto de forma oral, em audiência nos próprios autos. Esta modalidade de agravo não era prevista e foi empreendida pela Lei 9.139/95 buscando agilizar o andamento processual.

Consideram alguns doutrinadores que a obrigatoriedade da apresentação do agravo retido em audiência representa a concentração de inúmeros atos que, ao invés de agilizar, poderão ocasionar o retardo do andamento do processo. A audiência de instrução e julgamento tem por finalidade obter os esclarecimentos necessários à prova pericial existente nos autos e colher os depoimentos pessoais e a prova testemunhal considerada indispensável pelas partes. Dependendo da complexidade da questão e das decisões proferidas em audiência pode ocasionar o inconformismo das partes e dos advogados com interposição de várias agravos relativos a cada uma das decisões.

Entretanto, ousamos discordar desse entendimento ao considerar que o princípio da oralidade no agravo se apresenta como um dos princípios norteadores da celeridade, efetividade e economia processual.

Wambier (1991) considera:

Interposto o agravo sob forma oral durante a audiência, ou o juiz a reforma e o agravado com isso se conforma, ou a reforma, e isto vem a ensejar um outro agravo, o do primitivo agravado, agora sucumbente e possível agravante. Ou seja, não há tumulto, nem delongas, nem excessiva e desnecessária perda de tempo e dinheiro pelo fato de se admitir a interposição do agravo sob forma oral de decisão interlocutória proferida no curso de audiência de instrução e julgamento. Pelo contrário. A solução parece ser prática. Logo, a não aceitação desta solução pode significar, sob certo aspecto, não se atender ao princípio da economia processual.¹⁰

Se houver maior complexidade dos incidentes ocorridos que impossibilite o prosseguimento da audiência ou mesmo que sejam apresentadas as razões do agravante, perceptível o fato por todos aqueles que se encontram presentes, não haveria prejuízo às partes se a mesma fosse redesignada devido a impossibilidade de seu prosseguimento. Ademais, se as partes e os advogados concordam com a remarcação da audiência de imediato poderá ser agendada uma nova data com intimação de todos os presentes. Ressalte-se que esta redesignação por si só não ocasiona prejuízos irreversíveis às partes que terão solucionados todos os pontos controvertidos apresentados na audiência, possibilitando o prosseguimento normal do feito.

Outra possibilidade existente é a concessão do prazo de dez dias para apresentar das razões do agravante e do agravado, devendo o juiz decidir no mesmo prazo. Ressalte-se que o interesse das partes em conflito é a solução da lide. Se ambos concordam com o adiamento da audiência ou concessão do prazo para manifestação devido a complexidade das questões apresentadas, não existe interesse recursal ou mesmo alegação de prejuízo se os interesses estão resguardados.

3.5 A Obrigatoriedade da Interposição do agravo

A novidade introduzida pela Lei 11.187/2005, quanto a obrigatoriedade de interposição do agravo na audiência de instrução e jul-

¹⁰ WAMBIER, Teresa Alvim. *Agravo de Instrumento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 114.

gamento, encontra divergência entre os doutrinadores. Consideram alguns que ao invés da celeridade processual ocorrerá o retardamento da marcha processual porque o advogado terá que interpor o agravo retido imediatamente na audiência de instrução e julgamento sob pena de preclusão. Desta feita, em caso de dúvida quando a interposição ou não do recurso, o advogado optará pela sua interposição.

Machado (2008) afirma:

A obrigatoriedade estabelecida, pelo contrário, não deixará outra saída ao advogado senão interpor o retido sempre em caso de dúvida, para não correr o risco de prejudicar o cliente, aumentando, assim, o número de incidentes da audiência e o truncamento da atividade instrutória. O que se espera é que, apesar da sensação de risco e insegurança, os advogados tenham bom senso no exercício do direito de recorrer. A novidade não merece aplausos (texto de acordo com a Lei n. 11.187/2005).¹¹

É inquestionável a manifestação do inconformismo da parte na audiência, sob pena de preclusão. Entretanto, não há que se falar em interposição obrigatória do recurso que só deverá ser interposto para resguardar direito e interesse das partes. Se interposto o recurso ocorrer a reconsideração da decisão poderá o agravante requerer a desistência. Outrossim, é mais adequado fazer a interposição do que perder o prazo ou a oportunidade de revisão da decisão.

3.6 Manifestação do Agravado ou Ministério Público

Interposto o agravo retido o agravado tem o prazo de dez dias para manifestar. Se houver intervenção ministerial, tal como no agravo de instrumento, o Promotor de Justiça também manifestará porque tem interesse recursal.

Em que pese alguns doutrinadores entenderem desnecessária a oportunidade de manifestação do agravado e do Ministério Público, quando for o caso, priorizando o princípio da economia e celeridade processual, em virtude do tempo concedido a cada um, ousamos discordar de tal entendimento. A oportunidade de manifestação do agra-

¹¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 8. ed., 2009, p. 664.

vado para contraminutar e do DRMP, se for o caso, deve-se ao princípio do contraditório, isonomia e igualdade de oportunidade entre os envolvidos. Não se pode perder de vista que todos os envolvidos têm interesse no processo e a preclusão ocorre a cada momento. É mais adequado conceder a oportunidade de manifestação que oportunizar à parte prejudicada a interposição de novo recurso.

Deve-se ainda ponderar que a possibilidade do juízo de retratação poderá alterar consideravelmente o andamento do processo. Interposto o agravo na audiência deverá ser concedida oportunidade ao agravado para manifestação em observância ao princípio do contraditório.

Ao fixar o prazo para o agravante apresentar as razões de seu inconformismo em audiência o legislador silenciou quanto ao agravado.

Bastos (2008) leciona:

Ao estabelecer que o agravante deva recorrer de imediato, a nova regra lhe impõe uma franca desvantagem em relação ao agravado. Ferindo o princípio da igualdade, o novo regramento nos parece inconstitucional, na medida em que impõe ao recorrente que elabore suas razões no afogadilho da sessão, de forma oral e sucinta (a lei é expressa neste sentido) ao passo que permite ao recorrido utilizar os dez dias para elaborar sua resposta, por escrito, construindo-a com o cuidado que o ato pode exigir, inclusive com farta pesquisas e transcrições jurisprudencial e doutrinária, fortalecendo sua argumentação. O legislador deveria ter observado, pelo menos, o princípio da isonomia. Acreditamos que deva prevalecer uma interpretação consentânea com a Constituição, atribuindo para as contra-razões o mesmo prazo estipulado para o recurso, com a sua apresentação imediata.¹²

Partilhamos do mesmo entendimento acima exposto. A oportunidade ao agravado deverá ocorrer imediatamente após a interposição do agravo retido. Não se concebe o entendimento que o agravado poderá manifestar posteriormente, ou melhor, no prazo de 10 (dez) dias a contar da audiência. A concessão de um prazo fora da audiência para o agravado manifestar fere o princípio da isonomia e o tratamento paritário das partes, violando a norma constitucional.

¹² BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 35 n. 109, Março de 2009, p. 32.

Gusmão (2008) ao fazer referência a Nelson Nery Junior ensina:

Também a resposta do agravado será manifestada verbalmente na audiência, logo após as razões do agravante, cabendo ao juiz, de imediato e diante dos argumentos das partes, manter sua decisão ou reconsiderá-la. Não terá maior sentido, até ferindo a regra da isonomia, pretender que o agravado possa dispor do prazo de 10 (dez) dias para, por escrito, responder ao agravo retido manifestado em audiência.¹³

3.7 Agravo Retido em todas as audiências realizadas

Entendem alguns doutos que se a audiência não for de instrução e julgamento o agravo retido não poderá ser interposto na forma oral que é exclusiva desta audiência.

Franzé(2007) adotando o mesmo posicionamento afirma:

Atualmente, a redação do 3º do art. 523 do CPC (trazida pela Lei 11.187/05) tornou obrigatória a interposição oral do agravo retido, quando a decisão interlocutória for proferida em audiência de instrução e julgamento.

Entendemos que essa norma não abrange a audiência preliminar (CPC, art. 331), pelas razões, a saber: a) por se tratar de norma restritiva do direito de recorrer, não pode ser interpretada ampliativamente, para também abarcar a audiência preliminar; b) é eloqüente o silêncio do legislador, em relação a qualquer outra audiência diferente da que realizar a instrução e julgamento.

Nesse diapasão, se a decisão interlocutória tiver sido proferida na audiência de conciliação (CPC, art. 331, & 2º) – ou em qualquer outra que não seja de instrução e julgamento-, o agravo retido deverá ser interposto na forma escrita.¹⁴

Quando se tratar de agravo retido interposto em audiência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a interposição tão somente nas audiências de instrução e julgamento. Nossos doutos justificam a previsão do legislador exclusivamente para essa audiência porque via de regra nesta oportunidade são resolvidas as questões relativas às pro-

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 223.

¹⁴ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed., p. 166-167.

vas ou, excepcionalmente, outras relativas ao mérito que não poderão aguardar o julgamento final.

Considerando que o estatuto processual não prevê a interposição do agravo oral para as demais audiências, seja audiência de conciliação ou mesmo preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil, o recurso cabível é o agravo retido no prazo de dez dias a contar da audiência ou o agravo de instrumento se houver risco de dano ou de difícil reparação.

Carneiro (2008) entende:

Já nas *audiências preliminares*, regidas pelo artigo 331 do CPC, podem ser equacionadas questões outras, relativas ao saneamento processual e portanto da maior relevância para o deslinde das causas, para as quais uma solução breve, mediante o emprego do agravo por instrumento, torna-se aconselhável, mais do que isso apresenta-se necessária.¹⁵

O mesmo entendimento é adotado por Machado (2007) quando considera que a reforma não foi adequada e somente não causou maiores danos porque a obrigatoriedade da interposição oral do agravo retido limitou-se à audiência de instrução e julgamento. Veja:

A alteração introduzida, parece-nos, só não é pior porque o novo dispositivo limita a obrigatoriedade à audiência de instrução (arts. 450 a 457), não atingindo a audiência de conciliação (arts. 125, IV e 277 e parágrafos), a audiência preliminar (art. 331), qualquer das audiências de justificação (arts. 804, 815, 858, 928, etc.), nem a de produção antecipada de prova oral (art. 847). Facultar à parte a interposição oral do agravo retido é diferente de obrigar a parte a interpor 'oral e imediatamente', de acordo com o texto, o seu recurso, sob pena de preclusão – a preclusão passa a ser a consequência inexorável do não-exercício imediato do direito processual de recorrer nesses casos. Trata-se, realmente, de situações muito diferentes, porque a facultatividade leva o advogado a discriminar situações, a interpor o agravo imediatamente em alguns casos de gravidade e importância, deixando outros para uma avaliação mais detida nos dez dias que se seguem, o que pode significar efetiva contribuição ao bom andamento da audiência de instrução.¹⁶

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 212.

¹⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 8. ed., 2009, p. 664.

Admite-se que o posicionamento deve ser tomado com adequação. Entretanto, acredita-se que na audiência preliminar ou de tentativa de conciliação o ideal é também a interposição do agravo retido possibilitando ao prolator da decisão revê-la naquele momento. Se mantida ou se reformada a decisão, ou se houver o risco de dano de difícil ou incerta reparação a parte que se sentir prejudicada poderá interpor o agravo de instrumento.

Considera-se que a interposição do agravo retido na própria audiência possibilita o juízo de retratação pelo julgador das decisões interlocutórias proferidas e evita a interposição exacerbada e desnecessária de agravo de instrumento nos tribunais. Em termos de celeridade processual também é vantajosa a interposição do agravo retido porque possibilita ao prolator, de imediato, rever sua decisão, diferente do agravo de instrumento que tem que aguardar a interposição e o cumprimento das formalidades legais para a revisão da decisão agravada.

Observa-se que com a possibilidade de apreciação do agravo retido em audiência, a parte que não se conformou com a decisão tem a oportunidade de retratação da decisão pelo próprio magistrado que a prolatou ou mesmo a reforma desta decisão através do agravo de instrumento alargando a possibilidade de revisão das decisões judiciais sem maiores delongas.

Sob todos os aspectos que analisamos a possibilidade do agravo retido em todas as audiências, vislumbramos vantagens porque concede ao magistrado de primeiro grau rever de imediato sua decisão, através do juízo de retratação ou mesmo porque diminui a interposição de imediato do agravo de instrumento no tribunal que só poderá ser interposta após a reapreciação da decisão proferida.

4. JUÍZO DE RETRATAÇÃO E O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

4.1 Juízo de Retratação

Após várias divergências doutrinárias quanto a admissibilidade do juízo de retratação no agravo retido, a Lei 9.139/95 espancou qualquer dúvida ao considerar que o juízo de retratação tornou-se admissível tanto no agravo de instrumento como no retido.

Denomina-se juízo de retratação a oportunidade concedida ao prolator da decisão agravada de revisão de sua decisão podendo mantê-la ou reformá-la. Vale notar que esse recurso independe de preparo e dispensa formação de instrumento uma vez que é interposto nos próprios autos. A marcha processual segue sem maiores delongas ou transtornos uma vez que a decisão será reapreciada pelo próprio prolator ou quem o substitua e poderá ensejar o pedido de reapreciação pelo Tribunal nas razões de apelação, se assim for requerido.

Carneiro (2008) faz remissão aos ensinamentos de Barbosa Moreira:

As boas (e importantes) razões invocáveis a favor da retratabilidade, aqui, são de ordem prática. É mais conveniente, e atende ao princípio da economia processual, permitir que o juiz reveja a decisão agravada, em ordem a evitar que, sendo fundada a impugnação e perca tempo e se gastem dinheiro e energias com atividade inútil. Não há o obstáculo da preclusão porque a interposição do agravo, mesmo retido, tem precisamente o efeito de impedir que ela se consuma.¹⁷

Existe uma controvérsia entre alguns doutrinadores quanto a obrigatoriedade ou não do juízo de retratação.

Carneiro (2008) faz duas citações:

Parece-me que o juiz, ante os argumentos desenvolvidos pelo agravante, no agravo retido, se entender conveniente deverá abrir oportunidade para a manifestação da parte contrária e, em seguida reexaminará a questão anteriormente decidida. Não há propriamente um direito do agravante, no agravo retido, de obter o reexame da decisão atacada (art. Doutr. *In Tribuna da Magistratura*).

(...)

A audiência do agravado é sempre obrigatória, nada importando que o órgão judicial venha depois a reformar ou manter o seu pronunciamento – o que, em qualquer dos dois casos, deve fazer em termos expressos, fundamentadamente (Comentários ao Código de Processo Civil, cit. 13. ed. N° 273, p. 502)

Consideramos que o juiz não pode deixar de analisar o recurso interposto sendo obrigatória sua manifestação seja para reformar ou

¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 226.

manter a decisão interlocutória agravada. Se fosse concedida tal faculdade ao magistrado, inviável seria a interposição do agravo retido que nenhum efeito produziria.

Resta prejudicado o agravo de instrumento quando o juiz reformar integralmente sua decisão de acordo com o art. 529 do Estatuto Processual Civil.

Por fim, registre-se que, reformada inteira ou parcialmente, a decisão pelo magistrado, tem ele o dever de expedir imediatamente ofício ao tribunal, comunicando a retratação, o que provocará uma de duas conseqüências: a) se a reforma é parcial, o agravo subsiste pela parte não modificada; b) se a reforma é total, o relator considerará prejudicado o recurso, remetendo o instrumento à primeira instância para ser apensado aos autos do processo.¹⁸

4.2 Prazo para o juízo de retratação

Possibilitando o agravo retido a reapreciação da decisão pelo juiz, esta deve ocorrer na primeira oportunidade que os autos retornarem conclusos. Adota-se o entendimento que prevalece a regra geral que o prazo é de dez dias nos termos do art. 189, inciso II do Código de Processo Civil.

Entretanto, deve-se ponderar que interposto o agravo retido na audiência de instrução e julgamento, aguarda-se que a decisão seja proferida na própria audiência. Excepcionalmente acreditamos que, tratando de questão de maior complexidade que impossibilite o juiz de reapreciá-la no decorrer da audiência, permite-se que a interrupção de sua realização determinando que os autos venham conclusos para melhor apreciação que deverá ocorrer no prazo de dez dias, impreterivelmente.

Esta interrupção da audiência e conclusão do processo só deverá ocorrer mesmo em casos excepcionais devendo o magistrado justificar a sua decisão porque o estatuto processual prevê a reapreciação naquele momento. Não existem precedentes desta ordem, mas na prática podemos constatar que existem situações inusitadas em audiência que podem ocasionar a impossibilidade de uma decisão imediata.

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 8. ed., 2009, p. 682.

Considerando que a decisão interlocutória tem caráter decisório e não se encontrando o magistrado em condições de reapreciar a questão é adequada a interrupção da audiência porque o seu prosseguimento poderá ser inútil e, ao invés de agilizar, poderá retardar o andamento processual.

Esta decisão de interromper o andamento da audiência, devido a complexidade da questão e a impossibilidade de decisão naquela oportunidade, poderá não encontrar resistência das partes e seus procuradores. Entretanto, se uma das partes ou procurador discordar e o magistrado determinar a interrupção do ato para reapreciação posterior da decisão, acredita-se que nesta nova decisão é admissível o agravo retido e caso este não surta o efeito desejado pela parte agravante porque o juiz mantém a decisão anterior, ensejará a interposição do agravo de instrumento, oportunamente.

A interposição do agravo de Instrumento, interposto diretamente no Tribunal, após o encerramento da audiência se justifica devido à possibilidade de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

4.3 Juízo de reconsideração

Quanto à possibilidade do pedido de reconsideração, que não encontra previsão legal, limita-se apenas a mais uma oportunidade concedida à parte que não se conformou com a decisão de requerer ao magistrado que reaprecie sua decisão. Esse pedido de reconsideração é muito comum na praxe forense. O requerimento apresentado pela parte inconformada com a decisão é feito de forma singela, sem custos e não suspende nem interrompe o prazo para recurso. Dispensa maiores argumentos para demonstrar o inconformismo da parte tendo a possibilidade de ser revista a decisão pelo mesmo prolator, que é muito válida.

Orione (1999) afirma:

(...) trata-se de expediente utilizado para atender à comodidade da parte, pois dispensa prazo, preparo, dedução bem argumentada das razões da inconformidade, e formação de instrumento; todavia, em face da ausência de base legal, o pedido de reconsideração não suspende nem interrompe o prazo para recorrer e, pois, o decêndio do agravo irá contar-se da intimação da decisão

interlocutória, e não da decisão que haja indeferido o pedido de reconsideração.¹⁹

Recorda-se que antes da reforma do agravo admitia-se que o agravante requeresse ao magistrado que reconsiderasse sua decisão, caso contrário, que a recebesse como agravo de instrumento. Com a nova sistemática do agravo de instrumento que só pode ser interposto diretamente no tribunal é admissível apenas que o receba como agravo retido.

Questão interessante se apresenta quando o pedido de reconsideração ocorre em audiência. Admite-se que se faça o pedido de reconsideração em audiência, caso contrário, que o receba como agravo retido.

É interessante observar que no pedido de reconsideração o juiz reapreciará sua decisão e o agravo retido possivelmente não modificará o entendimento adotado pelo magistrado. Outrossim, uma vez interposto o agravo retido o juiz terá que novamente reapreciar mantendo ou reformando sua decisão e a parte agravante ainda terá a oportunidade de reiterar suas razões quando da interposição da apelação e o tribunal terá que apreciá-lo antes do recurso de apelação.

De modo contrário, se requerido o pedido de reconsideração não cumulado com o agravo retido, seria plausível imaginar que ocorreu a preclusão para interposição deste último. A parte que deveria agravar retidamente e requereu a reconsideração ao invés de fazê-lo, perdeu a oportunidade de agravar retidamente porque requereu a reconsideração.

Consideram alguns doutos que somente teria cabimento a análise do pedido de reconsideração sem o pedido sucessivo de agravo se interposto contra decisão sobre questão de ordem pública.

Nesse sentido posiciona Nery (2006):

O pedido de reconsideração *puro e simples*, sem pedido sucessivo de recebimento como agravo, só tem cabimento quando se tratar de decisão sobre questão de ordem pública, a cujo respeito não se opera a preclusão, e que o juiz deve conhecer de ofício.

Ousamos discordar de tal entendimento. Considera-se que não há prejuízo porque o juiz indeferirá o pedido de reconsideração por

¹⁹ ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo Civil*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 33.

considerá-lo inadequado, mas terá que apreciar o agravo retido desta decisão em que poderão ser renovadas as mesmas razões do pedido de reconsideração. Outra alternativa não restará ao magistrado senão apreciar o agravo retido, agora interposto contra o pedido de reconsideração e suas razões, podendo ser novamente apreciadas pelo Tribunal quando da interposição da apelação.

4.4 Julgamento

Primeiramente o legislador reservou ao juiz monocrático o recebimento e apreciação do agravo retido em audiência de instrução e julgamento. Interposto o recurso, o magistrado deverá reapreciar a matéria proferindo sua decisão de manutenção ou reforma da decisão.

Questiona-se sobre a possibilidade de não conhecimento do agravo retido sob o entendimento de sua não admissibilidade. Entendemos que o recurso somente não será recebido quando se tratar de mero despacho, sem qualquer caráter decisório. Neste caso o ato judicial não produz nenhum gravame às partes, não possui nenhum conteúdo decisório sendo, portanto, irrecorrível.

Indeferindo o juiz o recebimento do agravo retido, por considerá-lo inadmissível, cabível se torna o recurso por se tratar de decisão interlocutória. Entretanto, impugnada por novo agravo a decisão de inadmissibilidade do recurso não poderá o magistrado indeferi-lo novamente sob pena de cerceamento de defesa.

A admissibilidade do agravo retido na Audiência de Instrução e Julgamento é feita pelo juiz que a preside e sua interposição não depende de preparo.

Interposto o agravo retido em audiência e analisado pelo juiz que a preside restará ao agravante submeter novamente a matéria à apreciação do tribunal quando do julgamento da apelação.

Questão interessante se apresenta quando a apelação não é conhecida por ser intempestiva. Se o agravo retido foi reiterado quando da apelação e é dela dependente para subir ao tribunal se a mesma for intempestiva, o agravo não será apreciado porque o estatuto processual determina que deverá ser conhecido preliminarmente.

Entretanto, quando se trata de apelação interposta por uma das partes e recurso de ofício, independentemente da tempestividade ou não da apelação voluntária o Tribunal deve ser conhecer do agravo retido reiterado.

Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

(...) Não faz sentido discutir-se a tempestividade da apelação manifestada pelo Estado, contra a decisão de primeiro grau. É que tal decisão será necessariamente apreciada pelo Tribunal *ad quem*. O agravo retido deve ser apreciado pelo tribunal, na assentada em que fizer a revisão *ex officio* (CPC, art. 475). O art. 523 do CPC deve ser interpretado de modo a não tornar inútil o art. 522.²⁰

Existem várias controvérsias quando se trata de agravo retido reiterado nas razões recursais e no recurso de ofício. Entendem alguns mestres que sendo a matéria de ordem pública deve ser analisada quando houver reexame necessário.

Partilhamos de entendimento diverso que o agravo retido só poderá ser apreciado pelo Tribunal se reiterado nas razões de recurso. Esta é a condição de sua admissibilidade no juízo *ad quem*. A matéria de ordem pública será conhecida pelo tribunal por si mesma e não em razão do agravo retido. O que se conclui é que o agravo retido é um recurso dependente da apelação e só será apreciado se reiteradas suas razões quando da interposição daquela. Caso contrário, inadmissível ao tribunal apreciá-lo se não foram reiteradas suas razões ou se, mesmo reiteradas, a apelação não foi conhecida.

Não é necessário que o agravante repita em fase de apelação todas as razões apresentadas ao agravo retido sendo suficiente que sejam apenas reiteradas. Caberá ao tribunal apreciar o agravo retido e a apelação.

4.5 Reiteração do Agravo Retido

A Lei 11.187/2005 determinou expressamente que uma vez interposto o agravo retido, para ser reexaminado em recurso de apelação, necessária se faz sua reiteração quando das razões recursais.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. 100.715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 14/04/97, p. 12.690.

Cabe exclusivamente ao agravante reiterar na apelação ou nas contrarrazões seu inconformismo e reapreciação da decisão proferida no agravo retido. Se o agravante não reiterar seu inconformismo com a decisão nas razões recursais considera-se desistência tácita do agravo retido que não será apreciado.

Se ausente o requerimento explícito o tribunal não conhecerá do agravo retido. O mesmo ocorre se não houver apelação da sentença proferida ou se o recurso não for recebido e desta decisão não for interposto recurso. O conhecimento da apelação antecede ao conhecimento do agravo retido e é condição primordial para o seu julgamento.

Exceção ocorre quando se tratar de sentença proferida em reexame necessário.

Se a parte agravante silenciar quando da interposição da apelação o tribunal não conhecerá preliminarmente do agravo retido, salvo se a matéria a ser tratada é de ordem pública ou se abrange a decisão agravada e finalmente se for reexame necessário.

Quando se trata de matéria de ordem pública ou as razões estiverem contidas nas razões recursais da apelação é óbvio que dela conhecerá necessariamente o tribunal, no primeiro caso, de ofício e no segundo, ao analisar as razões da apelação consequentemente estará analisando as razões do agravo retido que ali estão abrangidas.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no seguinte sentido “Impõe-se o exame da preliminar quando a matéria foi objeto de exame na sentença e fundamento da apelação”.²¹

Quando se trata de agravo retido, com sentença favorável ao agravante e contrária ao órgão público, a apelação ocorrer somente em reexame necessário, a questão se apresenta com um pouco mais de cautela. Se a decisão que ensejou o agravo retido for desfavorável ao ente público e a parte não interpuser apelação não será conhecido o agravo retido quando da apelação em reexame necessário e o tribunal poderá reformar a decisão de 1º grau e o agravante fica com a possibilidade de sucumbir.

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 29.154, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 17.11.1992, DJU de 01.02.93, p. 466.

Carneiro (2008) considera:

Dois pesos, assim, e duas medidas, com a possibilidade de grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, parte esta que verá seus agravos tidos por inexistentes, muito embora o reexame necessário equivalha, em seus efeitos e eficácia, a uma apelação integral em favor da Fazenda, abrangente de toda a área em que a mesma haja sucumbido. Mesmo se admitíssemos a preclusão das decisões interlocutórias desfavoráveis à Fazenda, continuaria presente a possibilidade do dano à parte contrária.

(...)

A parte contrária à Fazenda tem, pois, o mais legítimo interesse em que seus agravos sejam conhecidos, como conhecidos sempre foram os agravos do apelado (sistema do Código de 1939), e porque o reexame necessário é, afinal, em sua natureza, a mesma apelação *ex officio* do art. 822, parágrafo único do Código pretérito, permissiva do conhecimento do antigo agravo no auto do processo, mantido hodiernamente sob o rótulo de agravo retido.²²

Adota-se entendimento semelhante tendo que vista que o reexame necessário possibilita que a decisão seja favorável ao ente público. Não se admite que a parte que interpôs o agravo retido, que não teve interesse recursal porque a sentença lhe foi favorável, não tenha conhecido o agravo retido que se encontra nos autos e tenha que suportar a reforma da decisão que lhe era favorável. Da mesma maneira que o ente público não interpôs recurso e teve de ofício a reapreciação da decisão, necessário se faz que o agravo retido constante nos autos seja preliminarmente analisado, ainda que não tenha a parte interesse na apelação.

CONCLUSÃO

Buscamos no presente estudo a análise do agravo retido como regra geral no nosso ordenamento jurídico como a primeira e mais importante modificação ocorrida em relação ao agravo.

Desde sua origem, o agravo só é interposto das decisões interlocutórias. Das modalidades de agravo retido e de instrumento priorizou-

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217.

se o estudo do agravo retido em audiência de instrução e julgamento e a viabilidade de sua interposição em todas as audiências.

A inovação do agravo teve como objetivo agilizar a prestação jurisdicional e evitar o número excessivo de recursos nos tribunais possibilitando ao juiz de primeiro grau rever sua decisão.

Verificamos que apesar da possibilidade de algum retardo no andamento das audiências consideramos ideal a interposição de agravo retido não só nas audiências de instrução e julgamento bem como em todas as audiências seja de tentativa de conciliação, justificção ou mesmo do art. 331 do Código de Processo Civil. A oportunidade de se agravar retidamente em audiência oportuniza ao agravado também manifestar naquele momento, em virtude do princípio da oralidade e da isonomia. Ao juiz cabe reapreciar sua decisão fundamentando-a seja para mantê-la ou reformá-la.

Ponderamos sobre a possibilidade de surgir questões complexas que inviabilizem a manifestação em audiência admitindo-se a possibilidade de conceder às partes oportunidade para manifestação em dez dias e ao magistrado reapreciar sua decisão no mesmo prazo.

Não vislumbramos inconvenientes neste procedimento e verificamos que agiliza o andamento processual e resolve as questões incidentes com presteza e agilidade na marcha processual reservando aos tribunais tão somente a apreciação do agravo de instrumento, se for o caso, ou a reapreciação da decisão agravada se reiteradas nas razões recursais.

O que podemos concluir do presente estudo é que, ao admitir a interposição do agravo retido em todas as audiências, estaremos ampliando a oportunidade do juiz de primeiro grau rever sua decisão, de forma ágil e célere, evitando a interposição excessiva e algumas vezes desnecessária do agravo de instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 461/462.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 212.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 9. ed., 2009.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo Civil*. São Paulo: Lejus, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense.

Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. 100.715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 14/04/97, p. 12690.

WAMBIER, Teresa Alvim. *Agravo de Instrumento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 114.